

Il fallimento del debitore ingiunto comporta l'inopponibilità del decreto ingiuntivo opposto al fallimento e l'improcedibilità del giudizio di opposizione nei confronti del fallimento

Il fallimento del debitore ingiunto comporta l'inopponibilità del decreto ingiuntivo opposto al fallimento e l'improcedibilità del giudizio di opposizione nei confronti del fallimento

Tribunale Ordinario di Roma, Sezione XVII Civile, Sentenza del 16/08/2019

Con sentenza del 16 agosto 2019, il Tribunale Ordinario di Roma, Sezione XVII Civile, in tema di opposizione a decreto ingiuntivo, il fallimento del debitore ingiunto comporta, oltre alla inopponibilità del decreto ingiuntivo opposto al fallimento, la improcedibilità, da dichiararsi anche d'ufficio, del giudizio di opposizione nei confronti del fallimento.

Tribunale Ordinario di Roma, Sezione XVII Civile, Sentenza del 16/08/2019

Il fallimento del debitore ingiunto comporta l'inopponibilità del decreto ingiuntivo opposto al fallimento e

**l'improcedibilità del giudizio di opposizione nei confronti
del fallimento**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI ROMA

XVII SEZIONE CIVILE

in persona del giudice unico dott. __ ha emesso la seguente

SENTENZA

nelle cause civili riunite iscritte nel registro generale per
gli affari contenziosi al n. __ e al n. __ dell'anno __
vertenti

tra

B. – opponente

D., R., I. e F. – opposenti

Fallimento C. S.r.l. – opponente

e

D. S.p.A. (già U. S.p.A.) – opposta

oggetto: opposizione a decreto ingiuntivo

Svolgimento del processo – Motivi della decisione

Con separati atti di citazione il sig. B. (con un primo atto)
e la società C. S.r.l. in concordato preventivo e i sigg.ri
D., R., I. e F. (con un secondo atto) hanno proposto
opposizione avverso il decreto n. __ emesso in data __, con il
quale il Tribunale di Roma aveva loro ingiunto di pagare in
favore di U. S.p.A. e, per essa, in favore della sua
mandataria D. S.p.A., la somma di Euro __ oltre accessori,

quale saldo debitorio, alla data del __, del conto corrente affidato (...) intrattenuto dalla C. S.r.l. e garantito dalla fideiussione rilasciata da B., D., R., I. e F.

Con il primo atto di opposizione B. in via preliminare ha eccepito il difetto di legittimazione attiva di U. S.p.A. per mancanza di prova dei poteri di firma e di rappresentanza di quest'ultima; ha poi disconosciuto la conformità agli originali delle copie della documentazione allegata al ricorso monitorio; nel merito ha lamentato l'illegittima capitalizzazione trimestrale degli interessi, nonché l'illegittima applicazione di interessi ultra legali e di commissioni di massimo scoperto non pattuiti; da ultimo ha dedotto la nullità della fideiussione omnibus perché generica ed indeterminata.

A fondamento della seconda opposizione la società C. S.r.l. in concordato preventivo e i sigg.ri D., R., I. e F. hanno dedotto: l'incompetenza territoriale del Tribunale di Roma in favore del Tribunale di Tivoli quale foro convenzionale previsto dall'art. 12 del contratto di fideiussione; la violazione dell'art. 184 L.F. in considerazione del fatto che la C. S.r.l. era stata ammessa al concordato preventivo; la carenza di prova del credito azionato dalla banca opposta; l'illegittima applicazione di interessi anatocistici ed usurari, della commissione di massimo scoperto e delle spese. La società opponente ha chiesto in via riconvenzionale la restituzione degli indebiti quantificati in complessivi Euro —.

In entrambi i giudizi, iscritti al ruolo generale rispettivamente con il n. __ (quello proposto da B.) e con il n. __ (quello proposto da C. S.r.l. e dai sigg.ri D., R., I. e F.), si è costituita U. S.p.A. e, per essa, la sua mandataria D. S.p.A. La parte opposta ha contestato tutti i motivi di opposizione chiedendone il rigetto unitamente alla domanda riconvenzionale di ripetizione dell'indebito, rispetto alla quale ha altresì eccepito la prescrizione ed il difetto di

legittimazione dei fideiussori.

I due giudizi sono stati riuniti ed istruiti attraverso l'acquisizione di documenti e l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio di natura contabile.

Nel corso del giudizio è intervenuto il fallimento della C. S.r.l. che si è costituito in prosecuzione ex art. 302 c.p.c. facendo proprie le difese già svolte dalla società in bonis.

All'udienza del __, le due cause riunite sono state trattate in decisione, previa assegnazione del termine di giorni sessanta per il deposito di comparse conclusionali e di ulteriori giorni venti per le repliche.

In via pregiudiziale va dichiarata l'improcedibilità dell'opposizione a decreto ingiuntivo proposta dalla C. S.r.l. in concordato preventivo.

Ed invero, nell'ipotesi di dichiarazione di fallimento intervenuta nelle more del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo proposto dal debitore ingiunto poi fallito, il creditore opposto deve partecipare al concorso con gli altri creditori previa domanda di ammissione al passivo, attesa la inopponibilità, al fallimento, di un decreto non ancora definitivo e, pertanto, privo della indispensabile natura di sentenza impugnabile, esplicitamente richiesta dall'art. 95, c. 3, L.F., norma di carattere eccezionale, insuscettibile di qualsivoglia applicazione analogica. Ne discende in tal caso che, essendo il decreto ingiuntivo inefficace e inopponibile alla massa, la domanda deve essere riproposta al giudice fallimentare, la cui competenza inderogabile prevale sul criterio della competenza funzionale del giudice che ha emesso l'ingiunzione (così Cass. 20/03/2006 n. 6098).

Il fallimento del debitore ingiunto, dunque, comporta, oltre alla inopponibilità del decreto ingiuntivo opposto al fallimento, la improcedibilità – da dichiararsi anche

d'ufficio – del giudizio di opposizione nei confronti del fallimento (cfr. ancora Cass. 20/03/2006 n. 6098).

Di conseguenza deve ritenersi assorbito il motivo di opposizione con il quale la C. S.r.l. in concordato preventivo aveva denunciato la violazione dell'art. 184 L.F.

Con riferimento all'opposizione proposta da B., D., R., I. e F. occorre anzitutto esaminare le eccezioni pregiudiziali sollevate dai citati opposenti.

In primo luogo va disattesa l'eccezione di incompetenza territoriale sollevata da D., R., I. e F., i quali hanno indicato come giudice competente il Tribunale di Tivoli nel cui circondario gli stessi risiedono. A supporto della proposta eccezione gli opposenti hanno invocato il foro convenzionale di cui all'art. 12 dell'atto di fideiussione che testualmente prevede: *“qualora il Fideiussore rivesta la qualità di consumatore ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 o sia persona fisica (qualificabile o meno come consumatore) per ogni controversia è competente il Foro nella cui circoscrizione si trova il luogo di residenza o domicilio elettivo del Fideiussore medesimo”*.

L'eccezione, per come è stata formulata dagli opposenti, è inammissibile.

Ed invero nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo instaurato da uno dei coobbligati, l'eccezione di incompetenza territoriale del giudice adito, fondata sulla previsione pattizia di un foro esclusivo, sollevata dal medesimo, deve essere dichiarata inammissibile laddove questi non abbia contestato l'incompetenza anche in base ai criteri degli artt. 18 e 19 c.p.c., in quanto richiamati dall'art. 33 c.p.c. ai fini della modificazione della competenza per ragione di connessione (così Cass. ordinanza n. 33150 del 21/12/2018). Nel caso di specie gli opposenti si sono limitati a richiamare il foro convenzionale previsto dall'art. 12 dell'atto di

fideiussione e ad affermare la propria qualità di consumatori o comunque di persone fisiche che hanno rilasciato una fideiussione, ma nulla hanno dedotto in ordine alla competenza territoriale per connessione oggettiva con la domanda rivolta da U. S.p.A. nei confronti della società debitrice principale.

In ogni caso, l'eccezione di incompetenza è priva di fondamento.

Ed invero, secondo la dominante giurisprudenza di legittimità *“la designazione convenzionale di un foro territoriale, anche se coincidente con uno di quelli previsti dalla legge, non attribuisce a tale foro carattere di esclusività in difetto di pattuizione espressa in tal senso, pattuizione che, pur non dovendo rivestire formule sacramentali, non può essere desunta in via di argomentazione logica da elementi presuntivi, dovendo per converso scaturire da una non equivoca e concorde manifestazione di volontà delle parti ad escludere la competenza degli altri fori previsti dalla legge”* (Cass. 18/5/2005 n. 10376). La stessa Corte di legittimità ha poi chiarito che proprio l'espressione *“per qualsiasi controversia”* è inidonea a identificare un foro esclusivo, perché è diretta soltanto ad individuare l'ambito oggettivo di applicabilità del foro convenzionale (Cass. ordinanza n. 17449 del 9/8/2007).

Nel caso di specie nell'atto di fideiussione manca una concorde e non equivoca manifestazione di volontà delle parti volta a considerare il foro individuato convenzionalmente come l'unico applicabile e ad escludere la competenza degli altri fori previsti dalla legge che, pertanto, devono ritenersi operativi in alternativa al foro convenzionale.

Ebbene la competenza del Tribunale di Roma si radica proprio in forza del criterio legale, previsto dall'art. 20 c.p.c., del *forum destinatae solutionis*, che per le obbligazioni pecuniarie si identifica, ai sensi dell'art. 1182, c. 3, c.c., con quello del domicilio del creditore (U. S.p.A.) che, nel

caso di specie, ha sede in __.

Né appare applicabile il foro inderogabile del consumatore, dal momento che la fideiussione è stata prestata nell'interesse di un soggetto imprenditore (la C. S.r.l.). Ed infatti, secondo quanto più volte statuito dalla Corte di Cassazione *"in presenza di un contratto di fideiussione, è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo della qualità di consumatore, ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore ... attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'obbligazione garantita"* (cfr. tra le tante Cass. 29/11/2011 n. 25212). In forza di tale principio il fideiussore, persona fisica, non può essere qualificato come consumatore, laddove abbia prestato garanzia nell'interesse di un soggetto professionale, quale in particolare una persona giuridica.

Sempre in via preliminare va disatteso il primo motivo di opposizione proposto da B., il quale ha eccepito il difetto di legittimazione attiva di D. S.p.A., sostenendo che la stessa non aveva documentato i propri poteri di rappresentanza rispetto alla mandante U. S.p.A. Il motivo deve ritenersi superato e smentito dall'avvenuta produzione della procura datata __ allegata alla comparsa di costituzione e risposta della parte opposta.

Parimenti deve ritenersi superato il disconoscimento, operato dallo stesso B., della conformità agli originali delle fotocopie della documentazione allegata al ricorso monitorio. Ed infatti, nel corso del giudizio di opposizione la banca opposta ha provveduto al deposito degli originali del contratto di conto corrente, dei due contratti di affidamento e dell'atto di fideiussione, consentendo così di verificare che gli originali acquisiti risultano pienamente conformi alle copie inizialmente prodotte.

Passando ad esaminare gli altri motivi di opposizione

concernenti il merito è bene premettere che la pretesa creditoria azionata in via monitoria da U. S.p.A. (per il tramite della sua mandataria) trae fondamento dal rapporto di conto corrente intrattenuto con la società C. S.r.l. e contrassegnato dal n. (...) poi ricodificato con il n. (...). Lo svolgimento del rapporto contrattuale è documentato dagli estratti conto analitici e dai riassunti scalari che la banca opposta ha prodotto nel giudizio di opposizione ad integrazione del saldaconto finale accompagnato dalla certificazione del funzionario, ex art. 50 del D.Lgs. n. 385 del 1993 depositato nella fase monitoria. La documentazione contabile definitivamente acquisita copre l'intera durata del rapporto contrattuale e cioè a far data dall'apertura del conto corrente fino al passaggio in sofferenza. Il predetto rapporto contrattuale è stato garantito dai sigg.ri B., D., R., I. e F., i quali con atto sottoscritto in data __ hanno rilasciato una fideiussione *omnibus* fino ad un massimale di Euro __ destinata a coprire tutte le obbligazioni contratte dalla C. S.r.l. per operazioni bancarie di qualunque natura intrattenute con U. S.p.A.

L'eccezione – sollevata da B. – di nullità della fideiussione *omnibus* per genericità ed indeterminatezza dell'oggetto si mostra del tutto priva di pregio, se sol si considera che la lettera fideiussoria in esame indica chiaramente l'importo massimo garantito in misura pari ad Euro __. La previsione di un massimale è di per sé sufficiente ad escludere la nullità della fideiussione, in quanto tale requisito è l'unico previsto dall'art. 1938 c.c. (così come novellato dalla L. n. 154 del 1992) che non richiede anche la specificazione del tipo di obbligazione oggetto della garanzia. La fideiussione *omnibus* si caratterizza proprio per il fatto che la garanzia si estende a qualsiasi obbligazione condizionale o futura e l'indicazione dell'importo massimo garantito è l'unico requisito richiesto dalla legge a tutela del garante che, in tal modo, è reso consapevole dell'impegno economico assunto con la sottoscrizione.

Tutti i fideiussori, qui opposenti, lamentano la mancata pattuizione in forma scritta delle competenze applicate dalla banca nel corso del rapporto ed in particolare degli interessi eccedenti la misura legale, delle commissioni di massimo scoperto e delle altre spese in violazione degli artt. 117 TUB e 1284 e 1346 c.c.

L'assunto di parte opponente non è stato compiutamente smentito dalla banca opposta che ha prodotto un contratto di conto corrente datato __ che non coincide con l'apertura del citato conto corrente che, per quanto risulta dagli estratti conto allegati in atti, risale al __.

Pertanto, in mancanza di valide convenzioni scritte, si deve ritenere illegittima qualunque competenza applicata da U. S.p.A. nel periodo antecedente al __. Per tale periodo è, quindi, necessario eliminare le c.m.s. e le altre spese e sostituire i tassi di interesse convenzionali applicati dalla banca con i tassi determinati ai sensi dell'art. 117 co. 7 TUB ovvero con i tassi B. minimi per le operazioni a credito per la banca e con i tassi B. massimi per le operazioni a debito per la banca relativi all'anno solare precedente ad ogni chiusura annuale dei conti correnti. Per il periodo successivo al __ si devono, invece, conservare tutte le competenze così come applicate dalla banca, in quanto le stesse trovano specifica previsione nel citato contratto e nelle successive modifiche comunicate alla correntista quale legittimo esercizio dello *ius variandi*.

Tutti gli opposenti hanno poi denunciato l'illegittima applicazione di interessi anatocistici *contra legem*.

La censura è fondata.

Al riguardo è bene evidenziare che il conto corrente in esame è stato acceso in data antecedente all'entrata in vigore della CICR del 9 febbraio 2000 che, in attuazione della nuova disciplina contenuta nell'art. 120 TUB così come modificato

dall'art. 25 del D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 342, ha consentito la capitalizzazione degli interessi sia pure improntata ad un criterio di simmetria. Pertanto, in adesione all'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che ha sancito la nullità delle clausole anatocistiche antecedenti alla nuova disciplina e comunque contrarie al criterio di reciprocità previsto dalla CICR del 9 febbraio 2000 (Cass. S.U. 4/11/2004 n. 21095), deve ritenersi illegittima la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi per la correntista C. S.r.l. operata dalla banca in regime asimmetrico rispetto agli interessi attivi. Occorre, quindi, sostituire all'anatocismo illegittimo la capitalizzazione semplice (in conformità a quanto statuito da Cass. SU n. 24418/2010) e conservare la capitalizzazione trimestrale per il periodo successivo alla stipulazione del contratto del __, con il quale la banca opposta si è adeguata al criterio della reciprocità, prevedendo la medesima capitalizzazione trimestrale sia per gli interessi debitori che per gli interessi creditori.

Anche la successiva doglianza relativa all'applicazione di interessi usurari ha trovato parziale riscontro nell'elaborato peritale redatto dal consulente d'ufficio, il quale ha rilevato il superamento della soglia d'usura limitatamente al secondo, al terzo e al quarto trimestre dell'anno __.

A questo punto, prima di procedere ad una nuova determinazione del saldo del c/c n. (...), occorre esaminare l'eccezione preliminare di prescrizione sollevata dalla banca opposta.

L'eccezione di prescrizione è fondata nei limiti di seguito precisati.

Al riguardo è bene premettere che l'azione di ripetizione di indebito è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale per la cui decorrenza si deve richiamare il principio espresso con la sentenza sopra menzionata n. __ del __ dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che, superando il precedente orientamento giurisprudenziale (che, senza distinzione alcuna,

rinvia esclusivamente al termine del rapporto la decorrenza della prescrizione proprio in considerazione dell'unitarietà del rapporto), da rilevanza all'autonomia delle singole operazioni individuando un diverso termine di decorrenza della prescrizione a seconda della natura solutoria o ripristinatoria della rimessa. Per la Suprema Corte nel caso di contratto di conto corrente accompagnato da un'apertura di credito il termine di prescrizione decennale, cui l'azione di ripetizione è soggetta, decorre, qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. Qualora, invece, i versamenti debbano essere considerati alla stregua di pagamenti, in quanto eseguiti su un conto in passivo cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, o perché destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento (c.d. scoperto), la prescrizione decennale del diritto di ripetizione decorre dalla data di ciascun versamento avente natura solutoria.

Ora, si deve escludere che la banca, convenuta in ripetizione, sia onerata dell'allegazione specifica delle rimesse solutorie, e dunque dell'indicazione degli importi con cui il correntista abbia provveduto a ripianare esposizioni debitorie che si collocavano oltre il limite dell'affidamento (cfr. in tal senso Cass. ordinanza n. 4372 del 22.02.2018). Un tale incombente è estraneo alla disciplina positiva dell'eccezione di prescrizione che è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, e cioè l'inerzia del titolare, e manifestato la volontà di avvalersene (per tutte: Cass. 29 luglio 2016, n. 15790). D'altro canto, ai fini della valida proposizione della domanda di ripetizione non si richiede che il correntista specifichi una ad una le rimesse, da lui eseguite, che, in quanto solutorie, si siano tradotte in pagamenti indebiti a norma dell'art. 2033 c.c.

Tornando al caso in esame per l'individuazione delle rimesse solutorie si deve preliminarmente osservare che per il conto corrente oggetto di causa l'unico affidamento documentato dalle parti risale all'anno __ e trova riscontro nel relativo contratto datato __ prodotto da U. S.p.A. sin dalla fase monitoria. Gli opposenti non hanno specificamente allegato né tanto meno documentato l'esistenza di linee di credito precedenti al citato affidamento. Quindi, le rimesse intervenute sul conto corrente in esame nel periodo antecedente al __ devono considerarsi di natura solutoria, per l'assenza di prova sull'esistenza di un fido da ripristinare o comunque sul limite concesso in affidamento. Ne consegue che deve ritenersi prescritto il diritto alla ripetizione di tutte le competenze illegittimamente addebitate fino al primo trimestre del __ ovvero fino al decennio antecedente la notifica del primo atto di opposizione perfezionatasi in data __.

A questo punto si deve procedere ad una nuova determinazione del saldo del conto corrente in esame e, a tal fine, occorre far riferimento alla quarta ipotesi di conteggio elaborata dal CTU nella relazione integrativa depositata in data __. Il consulente d'ufficio, in applicazione dei criteri sopra delineati, ha depurato il conto dalle competenze illegittimamente applicate dalla banca fino al __, mantenendo invece le condizioni economiche validamente pattuite con il citato contratto del __ e con quello successivo relativo all'affidamento concesso in data __. Il consulente d'ufficio in particolare: ha eliminato le c.m.s. e le spese non pattuite; ha sostituito ai tassi convenzionali applicati dalla banca fino al __ i tassi B. ex art. 117 TUB; ha adottato il regime della capitalizzazione semplice fino al __, conservando la capitalizzazione trimestrale per il periodo successivo allorché la banca si è adeguata alla pari periodicità richiesta dalla CICR del 9 febbraio 2000. Il conteggio di cui al punto __ della relazione peritale integrativa tiene conto anche della prescrizione maturata fino al primo trimestre __

(ovvero dieci anni prima la notifica dell'atto di citazione). La citata ipotesi di conteggio ha prodotto un abbattimento del saldo debitorio complessivo, alla data del __, che è sceso da Euro __ (calcolato dalla banca) ad Euro __ (ricalcolato dal CTU).

Le risultanze contabili sopra riportate devono essere condivise e fatte proprie da questo Tribunale in ragione della correttezza dei conteggi effettuati e della conformità dei criteri di computo rispetto ai quesiti formulati.

In conclusione, l'opposizione proposta da B., D., R., I. e F. va parzialmente accolta e, previa revoca del decreto ingiuntivo opposto, gli oppositori devono essere condannati a pagare in favore di U. S.p.A. e, per essa, della sua mandataria D. S.p.A., la minor somma ammontante ad Euro __ oltre agli interessi di mora al tasso convenzionale dalla domanda giudiziale fino al soddisfo.

Da ultimo va respinta la domanda riconvenzionale di ripetizione dell'indebitto già proposta dalla C. S.r.l. in concordato preventivo e ribadita dalla curatela fallimentare della citata società. Tale domanda – alla quale non si estende la pronuncia di improcedibilità dell'opposizione – si è rivelata infondata, essendo comunque emerso un saldo finale a debito per la società correntista.

In considerazione dell'esito della lite e della significativa riduzione del credito accertato rispetto a quello richiesto in via monitoria, le spese di giudizio devono essere compensate per un mezzo, riversando il residuo mezzo – liquidato direttamente in dispositivo – sulla curatela fallimentare e sugli altri oppositori riconosciuti comunque debitori e quindi soccombenti. Le spese relative alla CTU contabile, già liquidate in corso di causa, devono essere ripartite internamente per un mezzo a carico degli oppositori e per un mezzo a carico della parte opposta.

P.Q.M.

Il Tribunale di Roma, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando sulle due opposizioni al decreto ingiuntivo n. __ emesso in data __ proposte rispettivamente da M.B. e dalla C.C.I. S.r.l. in concordato preventivo unitamente a D., R., I. e F. nei confronti di U. S.p.A. e, per essa, della sua mandataria D. S.p.A., ogni altra istanza, difesa ed eccezione disattesa, così provvede:

- dichiara l'improcedibilità dell'opposizione proposta dalla C. S.r.l. per intervenuto fallimento di quest'ultima;
- in parziale accoglimento dell'opposizione proposta da B., D., R., I. e F. revoca l'ingiunzione emessa a carico dei citati opposenti e condanna gli stessi, in solido, a pagare in favore di U. S.p.A. e, per essa, della sua mandataria D. S.p.A. la somma di Euro __ oltre agli interessi di mora al tasso convenzionale dalla domanda giudiziale fino al soddisfo;
- respinge la domanda riconvenzionale di restituzione dell'indebito;
- compensa per un mezzo le spese di lite tra tutte le parti e condanna il fallimento della C. S.r.l., B., D., R., I. e F., in solido tra loro, a rifondere alla parte opposta il restante mezzo liquidato in complessivi Euro __, per compensi professionali oltre accessori come per legge;
- pone le spese di CTU, già liquidate in corso di causa, per un mezzo a carico degli opposenti e per un mezzo a carico della parte opposta.

Così deciso in Roma, il 28 giugno 2019.

Depositata in Cancelleria il 16 agosto 2019.

Tribunale_Roma_Seiz_XVII_Sent_16_08_2019

Recupero crediti a **Roma** con **ROSSI & MARTIN** studio legale